

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
**«БЕЛГОРОДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**
(Н И У « Б е л Г У »)

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

КАФЕДРА ТРУДОВОГО И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

**ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ
ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ ДОГОВОРОВ**

Магистерская диссертация
обучающегося по направлению подготовки 40.04.01 Юриспруденция
магистерской программе «Предпринимательское право, коммерческое
право»
заочной формы обучения, группы 01001562
Бутова Николая Николаевича

Научный руководитель:
к.ю.н.Федорященко А.С.

Рецензент:
Заместитель генерального
директора по юридическому
сопровождению сделок с
недвижимостью
ООО «УК Добрыня»
Пономарева Ю.Е.

БЕЛГОРОД 2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	3
Глава 1. Договорный процесс в предпринимательской деятельности....	10
1.1. Общая правовая характеристика процесса заключения договора.....	10
1.2. Преддоговорные переговоры как специфическая стадия договорного процесса в предпринимательстве.....	18
1.3. Особые способы заключения предпринимательских договоров.....	24
Глава 2. Момент заключения предпринимательского договора как юридический факт.....	39
2.1. Момент заключения предпринимательского договора и вступление договора в силу.....	39
2.2. Незаклученные предпринимательские договоры как особая правовая категория.....	49
Заключение.....	59
Список использованной литературы.....	63

ВВЕДЕНИЕ

За время, прошедшее с начала 90-х годов прошлого столетия, в России, в основном, сложилось экономически, социально и логически обоснованное и в целом оправдавшее себя современное гражданское законодательство. Основой и ядром этого законодательства стал Гражданский кодекс Российской Федерации 1994 - 2006 гг. - система принципиальных и наиболее важных правовых норм, являющихся в значительной части общими для всего гражданского законодательства и в определенной части - для российского законодательства вообще.

Гражданский кодекс России прошел проверку временем, обширной практикой применения (прежде всего судами) и объективной доктринальной оценкой.

Вместе с тем с начала 90-х годов, когда стало создаваться действующее гражданское законодательство, и когда была разработана и принята определяющая его принципиальное содержание часть первая ГК (1994 г.), в стране произошли важные экономические и социальные преобразования, не получившие должного отражения в этом законодательстве.

Интенсивное развитие экономики требует адекватного этому развитию регулирования договорного процесса. Законодательные положения должны способствовать обеспечению стабильности гражданского оборота, исключению защиты недобросовестных его участников, достижению более взвешенного баланса интересов участников оборота при заключении договоров, последовательному проведению «принципа сохранения однажды заключенного договора». Очевидна направленность указанных нововведений - повышение эффективности договора, его регулятивного потенциала.

Поэтому вполне логичными видятся новеллы гражданского законодательства, посвященные договору вообще и процедуре его заключения в частности.

В связи с этим научные исследования, посвященные договорному процессу в предпринимательской деятельности, представляются **актуальными** и своевременными.

Объектом исследования данной диссертационной работы выступает договорный процесс в области заключения предпринимательских договоров.

Предметом нашего рассмотрения являются нормы российского права, регулирующие процедуру заключения договора в целом и предпринимательского договора в частности.

Целью диссертационной работы является анализ собственно договорного процесса в предпринимательской сфере с правовых позиций, его правового регулирования, правоприменительной практики по вопросам заключения предпринимательских договоров, а также формулирование теоретических выводов и предложений по совершенствованию правовых норм в данной области.

В соответствии с поставленной целью необходимо решить следующие **задачи**:

- дать общую правовую характеристику процесса заключения договора;
- вывить и рассмотреть особенности заключения предпринимательских договоров: преддоговорные переговоры и особые способы заключения;
- определить роль и значение момента заключения предпринимательского договора;
- охарактеризовать проблему незаключенных предпринимательских договоров.

Методологическая основа работы включает общенаучные и частнонаучные методы познания: диалектический, логический, исторический, системный, структурно-функциональный, формально-юридический, сравнительно-правовой и другие методы.

В процессе написания работы были использованы **теоретические** исследования в области теории государства и права, гражданского права, предпринимательского права. Основой для выводов послужили труды таких

ученых, как: Г.С. Амерханов, О.А. Беляева, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Ф.И. Гавзе, Б.М. Гонгало, В.В. Груздев, С.Э. Жилинский, О.С. Иоффе, О.А. Красавчиков, Л.А. Лунц, И.Б. Новицкий, И.Ю. Павлова, Н.В. Рабинович, О.Н. Садилов, А.П. Сергеев, Е.А. Суханов, Ю.К. Толстой, Р.О. Халфина и другие.

Нормативной основой исследования явились законы Российской Федерации, подзаконные нормативные акты, регулирующие отношения по заключению предпринимательских договоров, правовые акты (Гражданский кодекс РФ, Федеральный закон «Об исполнительном производстве», Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Федеральный закон «О приватизации государственного и муниципального имущества», Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации и другие).

Эмпирическую основу работы составили материалы арбитражных судов, которые характеризуют проблемы правоприменительной деятельности в данной сфере.

Научная новизна исследования заключается в том, что исследование договорного процесса в предпринимательской деятельности проводится с учетом изменений действующего правового регулирования в рамках модернизации гражданского законодательства.

Практическая значимость работы заключается в возможности использования выводов автора при разработке новых теоретических исследований по обозначенной проблеме, а также в правотворческом процессе. Кроме того, результаты данного исследования могут быть полезны при преподавании таких дисциплин, как «Гражданское право», «Предпринимательское право», «Коммерческое право».

Структура работы отвечает поставленным цели и задачам и состоит из введения, двух глав основной части, заключения, списка использованной литературы. Первая глава посвящена в целом договорному процессу в

предпринимательской деятельности. Вторая глава содержит анализ момента заключения предпринимательского договора как юридического факта. В заключение подведены итоги исследования.

Основные результаты исследования представлены в следующих **положениях**, выносимых на защиту:

1. Договорный процесс следует понимать как совокупность последовательных действий сторон будущего договора в целях достижения соответствия воли одной стороны воле другой стороны. Говорить о совпадении воли или выделять одну, общую волю этих сторон не корректно, так как в большинстве договоров воли не тождественные, а встречные.

2. Учитывая отсутствие единства мнений о стадиях договорного процесса, предлагается выделять следующие стадии заключения договора: 1) преддоговорные контакты сторон (переговоры); 2) оферта; 3) рассмотрение оферты; 4) акцепт оферты; 5) разрешение спора о заключении договора в судебном порядке. При этом такая стадия как акцепт в отношении договоров, подлежащих заключению в обязательном порядке, является необязательной. Факультативный характер имеет и первая стадия, используемая по усмотрению сторон, вступающих в договорные отношения. Стадия рассмотрения оферты имеет правовое значение, как правило, для договоров, заключение которых является обязательной для одной из сторон.

3. Одной из особенностей заключения договора в предпринимательской деятельности выступает повсеместно распространенная практика преддоговорных контактов сторон договора. Анализ норм, регулирующих преддоговорные переговоры, позволил констатировать, что до 8.03.2015 года (то есть до введения в Гражданский кодекс статьи 434.1) они носили фрагментарный характер. В настоящее время правовая регламентация переговоров о заключении договора поднята на новый более упорядоченный уровень. В целом нормы указанной статьи (не смотря на некоторые неточности), соответствуют международным подходам к преддоговорному процессу. Образцом для них послужили

соответствующие положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи и Принципов УНИДРУА.

4. По правовому содержанию особые способы заключения предпринимательского договора можно классифицировать на случаи возникновения договорного обязательства из одного юридического факта (имеется в виду договор-сделка) и на случаи возникновения договорного обязательства из сложного юридического состава, в котором договор-сделка тем не менее играет роль главного элемента. К первой группе в указанной классификации относятся такие особые случаи, как заключение публичного договора, заключение договора путем присоединения, заключение договора на торгах, заключение договора, предусмотренного предварительным договором. Вторую группу составляют случаи возникновения договорного обязательства на основании судебного решения, а также из договора, требующего нотариального удостоверения и (или) государственной регистрации.

5. Оценивая нормы действующего законодательства, посвященные проведению торгов, можно сделать вывод, что приоритет отдается аукционным торгам, на которых соблюдается принцип определения победителя по цене. В частности, системный анализ норм Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» позволяет сделать вывод, что основным критерием для определения лучших условий исполнения государственного контракта является именно цена контракта. Другие же критерии имеют сопутствующее значение, причем даже при проведении конкурсов.

6. С моментом заключения договора напрямую связана проблема ретроактивности договора, то есть придания договору обратной силы. Вопрос о сроке действия договора с таким условием следует решать таким образом, что наличие в договоре названного условия не влияет на определение момента, с которого договор считается заключенным, а равно не

изменяет срока его действия. Момент заключения договора, содержащего подобное условие, и срок его действия определяются в соответствии с общими положениями Гражданского кодекса. Следовательно, период времени, предшествовавший заключению договора, не должен включаться в срок такого договора.

7. Незаклученные договоры в зависимости от того, обладают ли они признаками недействительных договоров или нет, следует подразделять на две группы: незаклученные договоры, не обладающие признаками недействительных сделок, и незаклученные договоры, обладающие такими признаками. К незаклученным договорам, обладающим признаками недействительных сделок, специальные правила о недействительных сделках подлежат применению в полном объеме.

Незаклученный договор, не обладающий признаками недействительной сделки, равно как и незаклученный договор, хотя и обладающий признаками оспоримой сделки, но о признании которого недействительным управомоченным лицом требование не предъявлено, представляют правовой интерес только тогда, когда они окажутся исполненными сторонами (полностью либо в части). С практической точки зрения это означает, что к таким договорам не могут применяться нормы, предусмотренные в § 2 гл. 9 ГК РФ для недействительных сделок. В этой связи сторона, которая заведомо знала о том, что договор не заключен и, несмотря на это, исполнила его, не вправе требовать исполненное обратно.

Апробация результатов исследования прошла в рамках участия в научных конференциях: научно-практический круглый стол «Развитие конституционных основ в отраслевом законодательстве», посвященный Дню Конституции Российской Федерации (Белгород, 9 декабря 2016 г.); научно-практический круглый стол «Российское отраслевое законодательство: ретроспектива и перспектива», посвященный Дню юриста (Белгород, 4 декабря 2017 г.), и выразилась в опубликовании двух научных статей:

«Позиции арбитражной практики о ретроактивности договора»;
«Преддоговорная стадия заключения предпринимательского договора».

Глава 1. Договорный процесс в предпринимательской деятельности

1.1. Общая характеристика процесса заключения договора

В теории гражданского права заключение договора рассматривается как своеобразный длящийся процесс согласования воли субъектов будущего договорного отношения. Такой процесс, как отмечал О.А. Красавчиков, включает в себя «систему действий сторон в ходе согласования условий договора»¹.

По мнению И.Б. Новицкого, в договоре выражается согласованная воля сторон². Ю.С. Гамбаров писал о «договорной воле, представляющей собой не сумму, а единство этих волей»³. В.Ф. Яковлев полагает, что «договор (двусторонняя или многосторонняя сделка) возникает вследствие взаимно связанных согласованных действий двух или нескольких лиц»⁴. В.С. Ем рассматривает договор как «единый волевой акт»⁵, В.В. Груздев отмечает, что договор возникает в результате «совпадения волей»⁶.

Отмечая многообразие подходов по рассматриваемому вопросу, М.И. Брагинский свел их к двум вариантам: сторонники одной точки зрения (совпадение воли сторон) акцентируют внимание на сущности соглашения, сторонники другой (те, кто говорит главным образом о едином волевом акте) - на внешней форме, которую соглашение принимает. В итоге автором сделан правомерный вывод об отсутствии оснований для того, чтобы противопоставлять указанные точки зрения⁷.

Используемые в юридической литературе выражения - «совпадение воли», «согласование воли», «соответствие воли» - характеризуют по своей сущности процесс заключения договора.

¹ Советское гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. О.А. Красавчикова. М., 1985. С. 449.

² Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1954. С. 95.

³ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 695.

⁴ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений. Свердловск, 1972. С. 90.

⁵ Гражданское право. Т. 1 / Под ред. Е.А. Суханова. М., 2008. С. 452.

⁶ Груздев В.В. Количество стадий договорного процесса по российскому гражданскому праву // Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 126.

⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 117.

Между тем приведенные высказывания о единстве, совпадении воли при заключении договора нельзя признать в полной мере точными: используемая в них терминология в большей степени условна. Как обоснованно указал Ф.И. Гавзе, «совпадение волей не следует понимать как их тождество... - в этом смысле оно имеет место при заключении договора о совместной хозяйственной деятельности... В большинстве же договоров воли не тождественные, а встречающиеся. И именно потому, что интересы и воля одной стороны благодаря встречаемости соответствуют интересам и воле другой, они приходят к соглашению, в результате возникает общий волевой акт, заключается договор»¹.

Необходимость проведения разграничения воли контрагентов, заключающих договор, наиболее очевидна с учетом наступающих юридических последствий - возникающих на основании договора встречных обязанностей контрагентов, которые подлежат исполнению путем совершения ими разных действий в определенном территориальном и временном пространстве. Согласованность актов волеизъявлений данных субъектов свидетельствует о достижении между ними соглашения, но не превращает выражаемую ими волю в «единый волевой акт» и не приводит к «совпадению волей».

С учетом этого может показаться несколько противоречивым вывод М.А. Рожковой о том, что дву(много)сторонние сделки представляют собой действия лиц, волеизъявления которых имеют взаимный (встречный) характер и вследствие этого, совпадая, образуют единый с юридической точки зрения волевой акт². Хотя, видимо, совпадению волеизъявлений здесь не придавалось значение идентичности.

В связи с изложенным говорить о совпадении воли сторон, заключивших договор, не совсем правильно, впрочем, как и выделять одну, общую волю этих сторон. Более корректно было бы вести речь о

¹ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972. С. 85.

² Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права. М., 2009. С. 87.

соответствии воли одной стороны воле другой стороны, упоминание же воли сторон (а не их «воль») может быть оправдано лишь краткостью и удобством изложения текста.

Согласование воли, думается, следует рассматривать как процесс в целях достижения соответствия воли одной стороны воле другой стороны. Приравнивать же согласование и соответствие воли друг к другу как процесс и его результат нельзя.

Таким образом, в договоре находит выражение «согласованная», но не «совпадающая воля сторон».

В судебно-арбитражной практике главным образом устанавливается факт «согласованности воли сторон», однако в отдельных случаях идет речь о «совпадении воли и волеизъявления сторон».

Так, указывая на обоснованность вывода судов первой и апелляционной инстанций о незаключенности договора аренды, Федеральный арбитражный суда Волго-Вятского округа отметил, что документы, на которые ссылается податель жалобы, не удостоверяют совпадение воли сторон на заключение договора аренды транспортных средств с экипажем¹.

Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа, отклоняя довод ответчика об отсутствии договорных отношений по делу о взыскании с него задолженности за аренду транспортного средства, пояснил, что имеющиеся в материалах дела документы, подтверждающие передачу истцом ответчику автомобиля, и счет-фактура на указанную в иске сумму «свидетельствуют о совпадении воли сторон на заключение договора аренды транспортного средства с экипажем»².

Относительно характеристики стадий, составляющих процесс заключения гражданско-правового договора, в науке гражданского права как советского, так и современного периода единство мнений не сложилось.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.11.2004 по делу N A82-5138/2003-4 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 01.11.2010 по делу N A73-1921/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

Многие ученые считают, что процесс заключения договора включает в себя только две стадии - оферту и акцепт - и нет необходимости выделять в нем дополнительные стадии¹. Согласно этой точке зрения действия, составляющие стадию преддоговорных контактов, поглощаются стадией оферты, а действия по разрешению преддоговорных споров включаются в стадию акцепта.

В.Г. Вердников и В.И. Скарго выделяли следующие стадии процесса заключения договора: 1) преддоговорные контакты сторон; 2) предложение заключить договор (оферта); 3) принятие предложения заключить договор (акцепт); 4) разрешение преддоговорного спора. При этом авторами отмечается, что первая и последняя стадии могут не наступить².

С принятием Гражданского кодекса РФ в юридической литературе появились и иные взгляды относительно стадий заключения гражданско-правового договора. По мнению С.А. Денисова, с разделением процесса заключения договора на две стадии можно согласиться, но только применительно к ранее действовавшему гражданскому законодательству, которое, с одной стороны, устанавливало срок рассмотрения оферты, но, с другой стороны, не придавало значения моменту получения акцепта, а поскольку новый ГК РФ придает юридическую значимость факту получения акцепта лицом, направившим оферту, получение акцепта также необходимо рассматривать как стадию заключения договора³. С такой позицией согласиться трудно, поскольку в данном случае речь идет о доведении воли одной стороны до другой, что является непременным условием любого

¹ Перетерский И.С. Сделки, договоры. М., 1929. С. 20; Иоффе О.С. Советское гражданское право (Курс лекций). Л., 1958. С. 101; Советское гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1986. С. 463; Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. СПб., 1996. С. 444; Каткова Е.А. О некоторых вопросах заключения договора поставки // Вопросы советского государства и права. Т. 39. Серия юрид. Вып. 7. Ч. 2. Иркутск: Иркутский госуниверситет, 1965. С. 141; Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). М., 1998. С. 235, и др.

² Вердников В.Г., Скарго В.И. Заключение хозяйственного договора // Сов. государство и право. 1974. N 1. С. 51 - 55.

³ Денисов С.А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора // Актуальные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 246 - 247. Подобную точку зрения высказывал в свое время Г.С. Амерханов. См.: Заключение договора по советскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1940. С. 11.

договора как соглашения, в процессе которого воля сторон должна быть не только взаимно выражена, но согласована.

Иной точки зрения по рассматриваемому вопросу придерживается В.В. Витрянский, предлагающий выделять следующие стадии заключения договора: 1) преддоговорные контакты сторон (переговоры); 2) оферту; 3) рассмотрение оферты; 4) акцепт оферты¹. При этом указывается на факультативный характер первой стадии, используемой по усмотрению сторон, вступающих в договорные отношения, а также отмечается, что рассмотрение оферты как самостоятельной стадии заключения договора имеет правовое значение, как правило, для договоров, заключение которых является обязательной для одной из сторон.

Можно было бы предположить, что рассмотрение оферты включает в себя и действия по выявлению разногласий по отдельным ее условиям, а поэтому охватывается действиями акцептанта по принятию оферты, иначе - стадией акцепта.

Между тем необходимо учитывать особенность заключения договоров в обязательном порядке, которая заключается в том, что такие договоры могут быть заключены в принудительном порядке - по решению суда, т.е. в отсутствие, собственно, акцепта стороны, которой направлена оферта. В связи с этим следует допускать ситуацию, когда заключению договора предшествует оферта и ее рассмотрение без акцепта: решение суда, обязывающее заключить договор, вряд ли можно квалифицировать как акцепт. Поэтому есть основания для того, чтобы согласиться с выделением В.В. Витрянским такой стадии заключения договора, как рассмотрение оферты. Единственно предложенную им классификацию стадий заключения договора, исходя из указанного, можно дополнить стадией разрешения спора о заключении договора в судебном порядке и указать на необязательность

¹ Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом 1 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Бек, 1999. С. 170 (автор главы - В.В. Витрянский).

такой стадии, как акцепт (в отношении договоров, подлежащих заключению в обязательном порядке).

Распространенное в науке гражданского права мнение об обязательности стадий «оферты» и «акцепта» для всех случаев заключения договора представляется неверным и с учетом того, что порядок, при котором заключение договора осуществляется посредством «предложения и его принятия», ориентирован главным образом на заключение договора путем передачи проекта договора одной стороной и получения ею подписанного проекта от другой стороны, т.е. путем обмена письмами. В тех случаях, когда стороны заключают договор в результате переговоров (которые могут иметь длительный характер) либо когда стороны подписывают совместно подготовленный документ, выделять стадии оферты и акцепта представляется затруднительным и, возможно, нецелесообразным. О том, что модель заключения договора посредством «предложения и принятия предложения» не всегда применима, говорит Ян Шапп, который также отмечает, что регулируемый законом процесс заключения договора не может быть отделен от его результата - заключения договора путем выражения взаимного согласия. Он считает, что заключение договора по указанной модели нередко приобретает характер фикции¹.

Таким образом, процесс заключения договора не всегда можно четко, со всей определенностью разделить на конкретные стадии.

В связи с этим могут возникнуть сомнения в актуальности изучения стадий заключения договора и необходимости их выделения в целом. Однако если с выводом об отсутствии практического смысла в разрешении вопроса о количестве стадий² в принципе можно согласиться, то вопрос о том, какие именно стадии следует выделять при заключении договора, представляется все же не лишенным как теоретического, так и практического значения.

¹ Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. М.: Бек, 1996. С. 183.

² Груздев В.В. Количество стадий договорного процесса по российскому гражданскому праву // Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 126.

То обстоятельство, что в отдельных случаях затруднительно выделить конкретные стадии заключения договора, не является основанием для вывода об отсутствии необходимости выделения таких стадий вообще. Думается, что конкретные действия могут быть выделены в качестве стадии заключения договора, если в отдельных случаях договор не может быть заключен без совершения таких действий, составляющих эту стадию (и соответственно может быть заключен без совершения иных действий, составляющих другую стадию). Данная логика позволяет аргументировать, в частности, выделение стадии рассмотрения оферты при заключении договора в обязательном порядке при отказе стороны, обязанной заключить договор, и отграничение ее от стадии акцепта. Если такую стадию по рассмотрению оферты исключить, получается, что договор может быть заключен в обязательном порядке по решению суда на основании лишь одной оферты.

Кроме того, представляется, что выделение той или иной стадии в заключении договора, по сути, означает, что действия, составляющие такую стадию, имеют правовое значение, т.е. их совершение влечет за собой правовые последствия.

Исходя из этого, вряд ли можно согласиться со следующим пониманием процесса заключения договора (составляющих его стадий). А.Н. Кучер деятельность сторон, предшествующую договорным отношениям сторон, именует преддоговорным процессом, а к юридически значимым его этапам относит структурирование будущих договорных отношений, юридическую документальную проверку будущего контрагента или приобретаемого актива, непосредственно процедуру заключения договора (ядро преддоговорного процесса), приведение договора в надлежащую форму и государственную регистрацию¹. При этом стадия моделирования и структурирования договорных отношений рассматривается ею как обязательная стадия преддоговорного процесса, включающая выбор

¹ Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 15 - 31.

гражданско-правовой формы договорных отношений, типа договора, вида договора, подвида договора. Как отмечает автор, стадия документальной проверки характерна для заключения большинства договоров (осмотр приобретаемого товара, первичный (лишнее) сбор информации о потенциальном контрагенте перед принятием решения о кандидатуре контрагента и т.п.) и обязательна при заключении договоров о приобретении бизнеса (покупка предприятия, контрольного пакета акций, некоторые виды реорганизации).

В литературе советского периода отмечалось, что заключение договора осуществляется в процессе переговоров, однако в указанный процесс включались традиционные стадии оферты и акцепта¹.

Подобный подход, отличающийся от традиционно устоявшихся в науке гражданского права представлений о порядке и стадиях заключения договора, можно объяснить экономическими факторами (бизнес-задачами и пр.), с юридической же точки зрения в настоящее время вряд ли это может быть оправдано: структурирование будущих договорных отношений в упомянутом значении, документальная проверка будущего контрагента на преддоговорной стадии нормами действующего гражданского законодательства не охватывается.

¹ Советское гражданское право: Учебник. Л., 1981. С. 334

1.2. Преддоговорные переговоры как специфическая стадия договорного процесса в предпринимательстве

Заключение договора в предпринимательской деятельности происходит по общим правилам, предусмотренным для любого договора любой сферы деятельности, тем не менее в данной области существуют некоторые особенности, которые обусловлены предпринимательским характером самого договора, правовым положением сторон и некоторыми другими причинами. Одной из таких особенностей выступает повсеместно распространенная практика преддоговорных контактов сторон договора, в процессе которой формируется и согласовывается воля контрагентов. Внимательное отношение к этой стадии договорного процесса и профессиональное ведение переговоров позволяют минимизировать риски, снизить вероятность невыполнения обязательств, прогнозировать и в итоге достичь прибыли. Переоценить данную стадию невозможно.

Как отмечал К. Победоносцев еще в конце девятнадцатого века, «заключение договора бывает результатом предварительного переговора, за которым, наконец, следует соглашение воли; на это приготовление к нему требуется некоторое время», «таким образом, окончательному соглашению двух волей может предшествовать целый ряд переговоров»¹.

Тем не менее, не смотря на свою значимость, до недавнего времени по большому счету преддоговорные контакты сторон под правовое регулирование не попадали.

Существовали (они существуют и сейчас) отдельные нормы, регламентирующие лишь некоторые отношения в рамках данной стадии договорного процесса.

Так, статья 561 Гражданского кодекса² предусматривает обязанность договора продажи предприятия по составлению и рассмотрению до

¹ Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. СПб., 1896. С. 109.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

подписания собственно договора: акта инвентаризации, бухгалтерского баланса, заключения независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, а также перечня всех долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований.

Статья 539 в свою очередь гласит, что договор энергоснабжения заключается с абонентом при наличии у него отвечающего установленным техническим требованиям энергопринимающего устройства, присоединенного к сетям энергоснабжающей организации, и другого необходимого оборудования, а также при обеспечении учета потребления энергии. А это означает, что абонент к моменту заключения договора должен установить произвести присоединение энергопринимающего устройства, что осуществляется не самостоятельно, а по согласованию с энергоснабжающей организацией ее специалистами.

Нормы, регулирующие преддоговорные переговоры, носили фрагментарный характер вплоть до 08.03.2015 года, когда в Гражданский кодекс была введена статья 434.1¹, поднявшая правовую регламентацию переговоров о заключении договора на новый более упорядоченный уровень².

В Пояснительной записке «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» необходимость введения данной статьи было аргументировано именно предпринимательскими отношениями: Для предупреждения недобросовестного поведения сторон в ходе переговоров о заключении договора предлагается включить в текст ГК новую статью, содержащую специальные правила о так называемой преддоговорной ответственности, рассчитанные на применение к

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

² Федеральный закон от 08.03.2015 N 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. N 10. Ст. 1412.

отношениям в сфере предпринимательской деятельности¹.

Как справедливо отмечает Б.М. Гонгало, некоторые авторы воспринимают эту статью как нормы о преддоговорной ответственности² (о которой говорится в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации³).

С такой оценкой рассматриваемой законодательной новеллы согласиться нельзя. На самом деле в статье 434.1 ГК есть несколько значимых моментов правового регулирования переговорного процесса.

1. Еще раз подчеркивается свобода договора на стадии переговоров.
2. Вводится понятие добросовестности ведения переговоров и дается характеристика недобросовестности.
3. Устанавливается запрет на распространение конфиденциальной информации.
4. За нарушение запретов и невыполнение обязанностей предусматривается преддоговорная ответственность в виде возмещения убытков.
5. Регламентируется соглашение о порядке ведения переговоров.

Большое значение имеет положение о том, что указанное правовое регулирование не зависит от того, был ли заключен договор по результатам преддоговорных контактов или нет.

Как замечает Б.М. Гонгало, «рассматриваемая статья наполнена оценочными категориями. Правила, в ней содержащиеся, адресованы суду. При их применении принятие судом того или иного решения едва ли не в решающей степени зависит от судебного (или судейского) усмотрения»⁴.

¹ Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. 223 с.

³ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. N 11.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В.

Таковыми оценочными понятиями, в частности, являются «добросовестность», «внезапность и неоправданность прекращения переговоров», «неполная или недостоверная информация» и некоторые другие. Страдают рассматриваемые нормы и другими недостатками. Так, например, формулировка положений о недобросовестности действий при проведении переговоров не позволяет сделать однозначный вывод о том, являются ли перечисленные в части 2 статьи

434.1 ГК два случая исчерпывающими для определения недобросовестности. Норма звучит следующим образом: «Недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагаются:

1) предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны;

2) внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать».

Следует это понимать, что только данные случаи и могут быть недобросовестными? Или, что данные действия предполагаются (презюмируются) недобросовестными, но могут быть и другие недобросовестные действия?

Еще одним примером несовершенства формулировок является указание на запрет использования конфиденциальной информации, полученной от другой стороны переговоров, для своих целей. Получается, что использовать эту информацию в интересах других лиц можно? Очевидно, нельзя, но прямо об этом закон не говорит.

В то же время, не смотря на некоторые неточности и несовершенство, рассматриваемые положения, регламентирующие проведение переговоров о заключении договора, можно оценить положительно. Они соответствуют

международным подходам к преддоговорному процессу. Образцом для указанных норм послужили соответствующие положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи¹ и Принципов УНИДРУА².

Помимо несомненно интересной для преддоговорных контактов статьи 434.1, в Гражданском кодексе еще имеются нормы, придающие правовое значение переговорному процессу. Речь идет о толковании договора.

Статья 431 ГК предусматривает, что в случае если правила, содержащиеся в части первой этой статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи, последующее поведение сторон. Как видим, придание переговорам юридического значения в этом случае возможно только, если договор был заключен. Данная норма известна давно, устоялась и получила достаточное распространение на практике, в том числе (а может быть и прежде всего) в предпринимательской сфере.

Так, индивидуальный предприниматель Захаров Станислав Иванович обратился в Арбитражный суд Омской области с иском к открытому акционерному обществу «Газпром» о взыскании задолженности по арендной плате. Предприниматель отмечает, что хотя договором аренды части земельного участка N 01-КС от 01.04.2008 определено, что он действует в период с 01.04.2008 по 31.12.2008, указания на прекращение обязательств у сторон после окончания срока его действия нет, фактически договор возобновился. На этом основании истец просит взыскать арендную плату по возобновленному договору.

ИП Захаров С.И. указывает, что сам ответчик не отрицает, что

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Заключена в г. Вене 11.04.1980) // Вестник ВАС РФ. 1994. N 1.

² Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год) // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 431 – 463.

договорные отношения у сторон продолжились, «использовалась лишь часть земельного участка меньшей площадью, занимаемая опорами электропередач» и расчет платы сделан на основании указанного договора.

При разрешении вопроса является ли данный договор возобновленным на тех же условиях на неопределенный срок, суд выявлял действительную общую волю сторон, в том числе, исходя из преддоговорного поведения. В частности рассматривалось и оценивалось письмо, направленное в Омское ЛПУ МГ ООО «Газпром трансгаз Томск» о предложении заключить договор¹.

¹ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.01.2014 по делу N А46-33265/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

1.3. Особые способы заключения предпринимательских договоров

Выше были рассмотрены требования, соблюдение которых необходимо при заключении любого гражданско-правового договора.

Между тем в условиях неуклонного развития имущественного оборота и неизбежно усложняющихся на этой почве социальных связей его участников зачастую возникает необходимость в особом юридическом порядке установления данных связей, который адекватно реагировал бы на те или иные конкретные экономические реалии. При этом особый порядок установления договорных отношений участников гражданского оборота имеет вполне определенные социально-экономические предпосылки в виде монополизации рынка товаров, работ и услуг, необходимости обеспечения конкурентной борьбы, защиты экономически более слабого участника и публичных интересов, потребности в гарантированном контрагенте, придании отношениям большей определенности, достоверности, общественной огласки и т.п. Специальный порядок установления договорных правоотношений, обусловленный конкретными социально-экономическими предпосылками, целесообразно именовать особым случаем возникновения договора. Поэтому в зависимости от основного, социально-экономического критерия, все особые случаи возникновения договора подразделяются на случаи возникновения договорного обязательства в условиях специальных ограничений свободы договора (обязательное заключение договора, заключение договора путем присоединения), случаи возникновения договорного обязательства на основании судебного решения, случаи возникновения обязательства из договора, требующего нотариального удостоверения и (или) государственной регистрации.

Особые способы заключения договора были характерны и для социалистического имущественного оборота, подвергавшегося, как известно, жесткому командно-административному регулированию. Так, основная масса «хозяйственных» договоров заключалась во исполнение акта

планирования и наряда, выдаваемого на основании такого акта. «Короче говоря, - указывал О.С. Иоффе, - план обязывает, но также и уполномочивает заключить договор, который вместе с планом и в полном соответствии с ним служит основанием поставки товаров, производства работ, оказания услуг и т.д.»¹. Следовательно, в советском праве особые случаи возникновения договора выступали в качестве общего правила налаживания хозяйственного взаимодействия между социалистическими организациями.

По правовому содержанию особые способы заключения договора можно классифицировать на случаи возникновения договорного обязательства из одного юридического факта (имеется в виду договор-сделка) и на случаи возникновения договорного обязательства из сложного юридического состава, в котором договор-сделка тем не менее играет роль главного элемента. К первой группе в указанной классификации относятся такие особые случаи, как заключение публичного договора, заключение договора путем присоединения, заключение договора на торгах, заключение договора, предусмотренного предварительным договором. Вторую группу составляют случаи возникновения договорного обязательства на основании судебного решения, а также из договора, требующего нотариального удостоверения и (или) государственной регистрации.

В двух особых случаях возникновения договорного обязательства (при заключении договора на торгах и при заключении договора, предусмотренного предварительным договором) имеет место упорядоченное взаимодействие юридических фактов (предварительного и основного договоров; извещения о проведении торгов, заявки участника торгов, проведения процедуры торгов, договора, заключаемого по результатам торгов), не образующих юридического состава. Каждый из этих фактов влечет возникновение самостоятельного обязательства. Вместе с тем все они направлены на достижение общей конечной цели - порождение основного

¹ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть II) // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории хозяйственного права. В 2 ч. Л.: ЛГУ, 1975. Ч. 1. С. 455.

договорного обязательства. Как будет показано ниже на примере торгов, именно выявление порядка взаимодействия различных юридических фактов позволяет правильно уяснить правовую природу соответствующего особого случая возникновения договора. Поэтому, когда заключение договора является следствием исполнения сторонами обязательств, вытекающих из юридических фактов, не образующих вместе с данным договором-сделкой юридического состава, целесообразно вести речь о механизме возникновения договора, подчеркивая при этом единую направленность и динамичность упорядоченного взаимодействия отдельных юридических фактов, порождающих различные обязательства.

Одним из распространенных в предпринимательской среде случаев заключения договора является заключение его на торгах.

Заказчик торгов обязан подписать договор с их победителем по общему правилу в течение 20 дней с момента оформления протокола об итогах торгов. Использование торгов возможно при заключении любых договоров, кроме тех, совершение которых на торгах несовместимо с их сущностью. В частности, торги непригодны для заключения договора дарения, издательского договора, договора о совместной деятельности¹.

Проведение торгов представляет собой особый способ заключения договоров, выбор которого обусловлен необходимостью поиска контрагента, а также желанием обеспечить максимально выгодные условия сделки путем обострения конкуренции между потенциальными контрагентами (участниками торгов). Заключение договоров путем проведения торгов сопряжено с определенными сложностями, необходимостью дополнительных финансовых затрат на их подготовку и проведение, но оно влечет для заказчиков и экономическую выгоду, которая составляет в среднем 8 - 12%².

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). С использованием судебно-арбитражной практики / Отв. ред. О.Н. Садилов. 3-е изд., испр., доп. и перераб. М.: Юридическая фирма «Контракт»; ИНФРА-М, 2005. С. 994 (автор - В.В. Безбах).

² Суходольский Г.А. Тендеры. Вопросы и ответы. М.: Вершина, 2004. С. 14.

Торги могут проводиться для выбора инвесторов, арендаторов, при приватизации государственного и муниципального имущества, размещении заказов для государственных и муниципальных нужд, выборе подрядчиков, продаже арестованной недвижимости в исполнительном производстве¹, обращении взыскания на предмет залога, продаже имущества должника в ходе банкротства. Многие организации проводят торги и по собственной инициативе для объективного выбора лучшего контрагента.

Российское законодательство предусматривает две формы проведения торгов: аукцион и конкурс (п. 4 ст. 447 ГК РФ). Различия между ними состоят в принципе определения победителя. Победителем аукциона является лицо, предложившее «лучшую цену». Здесь следует оговориться, что в точном соответствии с абз. 2 п. 4 ст. 447 ГК РФ выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую, а не лучшую цену. Объяснение этой формулировке видится в том, что ГК РФ регулирует только одну разновидность аукционных торгов: торги на продажу, а не на покупку чего-либо².

На таком аукционе победитель определяется путем пошагового повышения цены на товар (имущество). Перед началом торгов объявляется «шаг аукциона» - денежный интервал, на который увеличивается цена предмета торгов на аукционе. Шаг аукциона чаще всего устанавливается в процентном соотношении к начальной (стартовой) цене. В подобном аукционе каждая последующая оферта по цене превышает предыдущую, и выигрывает последний оферент.

Активный аукцион всегда используется в сфере исполнительного производства, так как основной смысл продажи арестованной недвижимости должника заключается в получении судебным приставом-исполнителем наибольшей суммы для покрытия задолженности по исполнительным

¹ Беляева О.А. Публичные торги в рамках исполнительного производства (комментарий к информационному письму Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101) // Цивилист. 2006. N 2. С. 87 - 92.

² Договоры в предпринимательской деятельности / О.А. Беляева, В.В. Витрянский, К.Д. Гасников и др.; отв. ред. Е.А. Павлодский, Т.Л. Левшина. М.: Статут, 2008. 509 с.

листам¹. Помимо этого активные аукционы являются распространенным способом приватизации государственного и муниципального имущества², продажи государственных или муниципальных земельных участков³ и во многих других случаях.

Однако на практике огромное количество торгов проводится не только на продажу, но и на приобретение товаров, работ или услуг. В этом случае заказчик торгов, наоборот, заинтересован в получении минимальной цены. Победитель подобного аукциона (редукциона) определяется путем пошагового (при устном соревновании) понижения начальной (стартовой) цены. Цена постепенно снижается до ее первого акцепта одним из участников, и торги выигрывает первый акцептант. Таким образом, начальная цена является предельной ценой, она обязательно должна быть снижена участниками торгов. Редукционы наиболее распространены в сфере размещения государственных и муниципальных заказов. Например, наличие в заявке участника размещения заказа предложения о цене государственного или муниципального контракта, превышающей его начальную (максимальную) цену, само по себе является основанием для отказа ему в допуске к участию в аукционе или конкурсе.

На конкурсных торгах (от лат. «concursum» - течение, столкновение) победителем считается лицо, предложившее лучшие условия исполнения договора, использования имущества. Критерии отбора устанавливает заранее сформированная конкурсная комиссия, в которую могут входить не только сотрудники заказчика торгов, но и любые лица, которые имеют научный авторитет, профессиональную репутацию, считаются специалистами в определенной области. К этим критериям, как правило, относятся финансовые средства компании, трудовые ресурсы, профессиональные навыки персонала, наличие необходимого оборудования, опыт работы.

¹ Федеральный закон от 02.10.2007 N 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // Собрание законодательства РФ. 2007. N 41. Ст. 4849.

² Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // Собрание законодательства РФ. 2002. N 4. Ст. 251.

³ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 N 136-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. N 44. Ст. 4147.

Например, для победы в земельном конкурсе решающее значение имеет режим использования имущества: целевое использование земельного участка, соблюдение экологических и архитектурно-планировочных требований, обеспечение максимального размера инвестиций, проведение работ по рекультивации, благоустройству и пр. В свою очередь, на аукционе земельные участки продаются в случае, когда от покупателя (арендатора) не требуется выполнения каких-либо условий, кроме целевого использования земли.

Торги в форме конкурса являются удобным способом для их инициатора выбрать контрагента с наиболее оптимальными условиями сделки. Смысловое значение термина «конкурс» сводится к соревнованию, состязанию, конкуренции с целью выявить наилучших участников. В судебно-арбитражной практике справедливо отмечается, что конкурс - это мероприятие, целью которого является определение лиц, наиболее способных к оптимальному решению поставленной задачи¹.

Различия между аукционом и конкурсом, по большому счету, несущественны. По сути, аукцион - это тот же самый конкурс, но лишь с одним критерием отбора, в качестве которого выступает цена. Однако допустимо дать и определение конкурса через понятие аукциона, ведь конкурс - это тот же самый аукцион, участники которого прошли определенный квалификационный отбор и по заключению конкурсной комиссии удовлетворяют всем заявленным требованиям (критериям).

Зачастую заказчик торгов устанавливает смешанные (и аукционные, и конкурсные) требования к победителю, который должен одновременно предложить и лучшие условия исполнения договора, и лучшую цену (например, приватизационные конкурсы, земельные конкурсы по продаже участков, находящихся в государственной или муниципальной

¹ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 7 февраля 2007 г. N Ф04-58/2007(30975-А75-11) // СПС «КонсультантПлюс».

собственности, для строительства нежилых объектов). Нужно признать, что в таком случае конкурс будет полностью идентичен аукциону.

К обоснованному выводу об идентичности приватизационных конкурсов и аукционов приходит И.С. Петров¹. Ю.С. Турсунова, напротив, предлагает в сфере приватизации и несостоятельности (банкротстве) выделить третью форму торгов, именуемую «субконкурс»².

Оценивая нормы действующего законодательства, посвященные проведению торгов, можно сделать вывод, что приоритет отдается аукционным торгам, на которых соблюдается принцип определения победителя по цене. Например, системный анализ многих норм Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»³ позволяет сделать вывод, что основным критерием для определения лучших условий исполнения государственного контракта является именно цена контракта. Другие же критерии имеют сопутствующее значение, причем даже при проведении конкурсов.

Предмет торгов (и аукционов, и конкурсов) может быть разделен заказчиком на лоты (партии товаров, виды работ или услуг). Разбивка на лоты повышает эффективность проведения торгов, поскольку наличие нескольких лотов увеличивает количество потенциальных победителей, ведь в отношении каждого лота заключается отдельный договор. Следовательно, чем больше лотов, тем больше потенциальных победителей внутри одного аукциона или конкурса.

Наше законодательство различает открытые и закрытые торги. Здесь следует назвать два основания такой классификации. Во-первых, торги делятся на открытые и закрытые по составу участников. В открытых

¹ Петров И.С. Приватизационные торги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 10.

² Турсунова Ю.С. Торги как способ заключения договора: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 5.

³ Федеральный закон от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства РФ. 2013. N 14. Ст. 1652.

(публичных) торгах может участвовать любое лицо, в закрытых торгах принимают участие специально приглашенные лица.

Во-вторых, торги делятся на открытые и закрытые по форме подачи предложений о цене. Открытая форма подачи предложений о цене, как правило, означает устное соревнование между участниками торгов, что часто используется в ходе проведения аукционов. Закрытая форма подачи предложений о цене («аукцион первой цены») означает передачу их организатору торгов в запечатанных конвертах в день подачи предложения или позднее, непосредственно в день проведения конкурса или аукциона.

На практике в ходе конкурсных торгов в открытом виде зачастую представляются технические предложения, а в закрытом - финансовые. Такая форма проведения торгов позволяет в большей степени обеспечить объективность оценки со стороны членов конкурсной комиссии, поскольку они могут первоначально сосредоточить свое внимание на квалификационных характеристиках участников торгов, описать сравнительные достоинства и недостатки каждого поданного предложения, не обращая внимания на их цену. Неслучайно торги с закрытой формой подачи предложений о цене наиболее распространены при проведении конкурсов, а не аукционов, ведь именно победитель конкурса определяется как лицо, предложившее лучшие условия.

При проведении торгов, закрытых по форме подачи предложений о цене, может возникнуть проблема подачи одинаковых предложений, что обнаруживается лишь при вскрытии конвертов, а не в момент их приема организатором торгов. В такой ситуации выигравшим торги признается участник, заявка которого была подана раньше, что проверяется по журналу регистрации заявок участников торгов. Такой способ определения победителя торгов при равенстве ценовых предложений предусмотрен практически во всех подзаконных нормативных актах, регламентирующих проведение торгов.

Во-вторых, при равенстве цен спорная ситуация может быть решена путем устного соревнования между участниками торгов, подавшими одинаковые предложения. Такой переход от закрытой к открытой форме соревнования применяется при проведении лесных аукционов, и, пожалуй, он в наибольшей степени соответствует самой природе торгов¹.

Успешность торгов во многом зависит от их информационного обеспечения. По общему правилу извещение о проведении торгов должно быть сделано организатором не менее чем за 30 дней до их проведения (п. 2 ст. 448 ГК РФ). Характерно, что извещение о проведении торгов должно быть именно «сделано», т.е. в ГК РФ отсутствует акцент на публикацию извещения о торгах в печатных средствах массовой информации. В этой связи необоснованной представляется позиция, состоящая в том, что «извещение должно публиковаться в соответствующих средствах массовой информации»².

Дело в том, что при проведении торгов, закрытых по составу участников, специально приглашаются конкретные лица, поэтому извещение не публикуется, а именно делается организатором торгов путем рассылки персональных приглашений. Открытые торги, напротив, предполагают публикацию извещения для всеобщего сведения.

Важное значение имеет вопрос о юридической природе извещения о проведении торгов. Если считать извещение о проведении торгов публичной офертой - предложением вступить в договор, обращенным к неопределенному кругу лиц, то путем подачи заявки участником размещения заказа акцептуются все условия конкурсной (аукционной) документации. Так, В.А. Рахмилович указывал, что «объявление конкурса можно рассматривать как оферту, т.е. предложение вступить в договор, обращенное

¹ Приказ Минсельхоза России от 24.02.2009 N 75 «Об утверждении Методических указаний по подготовке, организации и проведению аукционов по продаже права на заключение договоров аренды лесных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, либо права на заключение договора купли-продажи лесных насаждений в соответствии со статьями 78 - 80 Лесного кодекса Российской Федерации» // Российская газета от 22.05.2009.

² Гражданское право: Учебник / Под ред. О.Н. Садикова. Т. 1. М.: Юридическая фирма «Контракт»; ИНФРА-М, 2006. С. 369.

к неопределенному кругу лиц. В таком случае представление на конкурс соответствующих работ или сообщение об участии будет считаться акцептом сделанной оферты, а возникшее обязательство будет носить договорный характер»¹. В современной судебно-арбитражной практике встречаются решения, аналогичные этой позиции: приглашение на участие в торгах любого, кто согласен на предложенные условия и отзовется на объявление, подав заявку и оплатив задаток, рассматривается как публичная оферта в соответствии со ст. 437 ГК РФ².

Однако вопреки высказанной в современной юридической науке позиции о существовании между организатором торгов и участниками «соглашения на участие в торгах»³ торги - это не одна сделка (договор). Более обоснованной представляется позиция М.И. Брагинского, А.Б. Дзегорайтиса, заключающаяся в том, что торги есть сложный юридический состав, включающий в себя совокупность нескольких последовательно совершаемых сделок, в частности одностороннюю сделку организатора торгов в виде извещения об их проведении, одностороннюю сделку участника торгов, подавшего заявку на участие в них, и т.д.⁴

Основной обязанностью организатора торгов является не прием заявок от участников, а проведение самих торгов. Эта обязанность возникает в момент извещения о предстоящих торгах и в случае получения менее двух заявок прекращается. По итогам торгов договор заключается не со всеми лицами, подавшими заявку на участие, а только с участником, заявке которого присвоен первый номер (победителем). Кроме того, публичная оферта в отличие от извещения о проведении торгов не предполагает состязательности между неопределенным кругом лиц.

¹ Рахмилович В.А. Обязательства, возникающие вследствие объявления конкурса // Советская юстиция. 1965. N 14. С. 18.

² Постановление ФАС Московского округа от 15 декабря 1999 г. N КГ-А40/4076-99 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Солдатенков В.В. Правовое регулирование купли-продажи права аренды земельных участков по конкурсу в городе Москве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 17.

⁴ .: Брагинский М.И. Конкурс. М.: Статут, 2005. С. 24; Дзегорайтис А.Б. Конкурс в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1969. С. 4.

Следовательно, извещение о предстоящих торгах не может считаться офертой. Извещение о торгах - это односторонняя сделка организатора, с которой начинаются торги, ее последствием является приглашение делать оферты, т.е. подавать заявки (предложения)¹. Здесь уместно привести высказывание О.С. Иоффе о том, что «правоотношения, связанные с конкурсом, возникают не в момент его объявления, а в момент представления конкурсных работ»².

Участники торгов должны внести организатору задаток, который возвращается проигравшим участникам, а также в случае, если торги не состоялись (п. 4 ст. 448 ГК РФ). У победителя торгов сумма, внесенная в качестве задатка, засчитывается в счет исполнения обязательств по выигранному на торгах договору. Уклонение лица, выигравшего торги, от подписания протокола о результатах торгов влечет утрату им внесенного задатка. В свою очередь, организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан вернуть задаток в двойном размере, а также возместить убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка.

Очевидно, что задаток защищает интересы организатора торгов только в одном случае: если лицо, признанное победителем торгов, уклоняется от подписания протокола об их итогах (п. 5 ст. 448 ГК РФ). Но при проведении торгов возможны другие нарушения со стороны участников, и задаток организатора торгов от них не защищает. Предположим, если до истечения объявленного срока проведения торгов участники отозвали свои предложения, торги необходимо признать несостоявшимися. Все затраты организатора на подготовку этих торгов никак не окупятся, потому что несостоявшиеся торги означают возврат всех задатков.

¹ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954. С. 153. Н.Д. Егоров также обоснованно полагает, что извещение о проведении торгов по своей юридической природе является односторонней сделкой, порождающей соответствующие юридические последствия. См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд. Т. 1. М.: Проспект, 1999. С. 506.

² Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1965. С. 360.

Негативное отношение к использованию задатка на торгах высказывается практически всеми современными специалистами¹.

Торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица (п. 1 ст. 449 ГК РФ). Применительно к оспариванию торгов круг «заинтересованных» лиц законодательством не установлен.

Процедурные нарушения при проведении торгов являются специальным основанием для признания их недействительными, следовательно, и заинтересованность в оспаривании результатов торгов должна носить специальный, а не общий характер. К оспариванию допускаются лица, чьи права и охраняемые законом интересы нарушены в результате совершения оспоримой сделки. Для признания ее недействительной необходимо установить, что совершение сделки повлекло реальное нарушение охраняемых законом прав и интересов заявителя.

Безусловно, заинтересованность лица должна основываться на законных основаниях, следовательно, она состоит не в интересе как таковом, а в правовом (законном) интересе лица, считающего, что его права и законные интересы нарушены. В связи с этим можно предложить несколько критериев для определения «заинтересованности» истца в оспаривании сделки, в том числе в оспаривании результатов торгов.

Во-первых, права и законные интересы заинтересованного лица непосредственно ущемлены или нарушены оспариваемыми торгами и (или) заключенной по их результатам сделкой. Во-вторых, в результате признания торгов недействительными имущественные интересы заинтересованного лица будут восстановлены. В-третьих, заинтересованное лицо получит что-либо (права, имущество) в результате проведения реституции после признания торгов недействительными.

¹ Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. М.: Спарк, 1999. С. 124, 125; Беляева О.А. Правовая природа задатка, вносимого за участие в торгах // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2006. N 12. С. 67 - 72; Щербинин С.В. О правовой природе задатка при заключении договоров на торгах // Юрист. 2005. N 3 и др.

В целом заинтересованное лицо - это не только сторона сделки, потенциальный или фактический участник торгов, но и любое другое лицо, имеющее конкретный имущественный интерес в оспаривании их результатов.

Таким образом, нарушения порядка проведения торгов не являются основаниями для признания торгов недействительными по иску лица, чьи имущественные права и интересы этими нарушениями не затрагиваются и (или) не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенного по итогам торгов договора. Как правило, требовать признания результатов торгов недействительными могут участники торгов, а также лица, которым было незаконно отказано в участии в торгах¹.

Конечно, не исключено, что даже участнику торгов может быть отказано в удовлетворении иска о признании состоявшихся торгов недействительными. Потому что в любом случае при обращении в арбитражный суд с иском лицо обязано доказать наличие защищаемого права или интереса. Если доказать это истец не может, то суд вправе признать отсутствие у него «заинтересованности» в оспаривании результатов торгов². Следовательно, наличие или отсутствие интереса в признании торгов недействительными, а значит, и право на иск, должен в каждом конкретном случае устанавливать суд.

От недействительных торгов следует отличать несостоявшиеся торги. Общим в правовой природе недействительных и несостоявшихся торгов является то, что они представляют собой несуществующие юридические факты. Поэтому единственным правовым последствием как недействительных, так и несостоявшихся торгов является недействительность договора, заключенного по его итогам.

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 2 декабря 1993 г. N 32 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий» // Вестник ВАС РФ. 1994. N 2.

² Обзор практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства; информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 4.

Недействительные торги состоялись, но в связи с допущенными при их проведении нарушениями результаты таких торгов могут быть лишены юридической силы по решению суда. Несостоявшиеся торги фактически проведены, но правовой силы они изначально не имели. Несостоявшиеся торги не могут быть признаны недействительными, так как отсутствует сам предмет спора. Признание торгов несостоявшимися не связано с какими-либо нарушениями процедур или общих норм законодательства. Несостоятельность связана исключительно с отсутствием состязательности. В свою очередь, недействительность торгов является следствием нарушений законодательно установленных правил их проведения (п. 1 ст. 449 ГК РФ).

Итак, единственное основание для признания торгов несостоявшимися - отсутствие состязательности между их участниками. Оно может проявляться в том, что участник торгов всего один и соревнование в таком случае невозможно (п. 5 ст. 447 ГК РФ), единственному участнику попросту не с кем торговаться. Однако в торгах могут участвовать и несколько лиц, которые не конкурируют между собой. Формально признать торги несостоявшимися невозможно, так как в них принимает участие не одно лицо, но, руководствуясь общим смыслом законодательства, суды справедливо оценивают конкуренцию при проведении торгов, учитывая различные обстоятельства.

Незаинтересованность в конкуренции на торгах может проявляться по-разному. Допустим, в ходе аукциона, открытого по форме подачи ценовых предложений, после троекратного объявления аукционистом начальной цены никто не поднял билет. В такой ситуации отсутствуют предложения о приобретении имущества, т.е. участники аукциона пассивны, и торги следует считать несостоявшимися. Предположим, на торгах, закрытых по форме подачи ценовых предложений, участники (все либо все, кроме одного) подают заведомо неприемлемые для организатора торгов ценовые предложения, а именно: на торгах с восходящей ценой подано ценовое предложение ниже минимума, определенного организатором торгов, а на

торгах, идущих на понижение цены, напротив, - ценовое предложение, превышающее начальную (предельную) цену. Подобные ценовые предложения отклоняются организатором, и, следовательно, торги опять не состоялись.

Участники торгов могут быть не заинтересованы в соревновании из-за родственных или супружеских отношений между руководителями организаций, участвующих в торгах, наличия аффилированности между участниками (допустим, одна компания является единственным учредителем другой или одно и то же лицо выполняет функции единоличного исполнительного органа в компаниях, участвующих в торгах, и т.п.).

В случае признания торгов несостоявшимися организатор торгов может объявить о повторном проведении торгов, изменив их условия. В то же время признание несостоявшимися торгов на размещение государственного или муниципального заказа не означает необходимости проведения повторных торгов. В этом случае государственный контракт заключается с единственным участником, подавшим заявку на участие в торгах, причем на условиях, изложенных в его заявке, но не превышающих начальную (максимальную) цену контракта (или отдельного лота), объявленную в извещении о проведении торгов. Такую процедуру можно считать заключением государственного контракта на бесконкурсной основе. Аналогичные последствия установлены и в случае, когда несостоявшимся объявлен аукцион по продаже государственного или муниципального земельного участка (либо права его аренды).

Глава 2. Момент заключения предпринимательского договора как юридический факт

2.1. Момент заключения предпринимательского договора и вступление договора в силу

Вопрос об определении момента заключения договора имеет исключительно важное практическое значение, поскольку с данного момента договор является обязательным для сторон, порождает права и обязанности, и, следовательно, становится регулятором их поведения.

В связи с этим необходимо иметь точное представление о том, когда заключен договор.

Зачастую дата договора не может рассматриваться как момент вступления его в силу - нередко для его установления требуется учитывать иные условия, обстоятельства.

Так, Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа было отменено постановление суда апелляционной инстанции, поскольку судом «ошибочно не было учтено», что договор займа является реальным договором, для которого не имеет значения конкретная дата его оформления¹.

Установление момента заключения договора может иметь значение и при решении иных немаловажных вопросов, возникающих в практической деятельности, например о действии лицензионных режимов, о налогообложении, банкротстве, применении административной ответственности, в том числе за нарушения валютного законодательства, и др.

Рассмотрев заявление индивидуального предпринимателя, Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа оставил без изменения судебные акты, которыми был признан обоснованным отказ

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 21.02.2005 по делу N А41-К2-23370/03 // СПС «КонсультантПлюс».

конкурсного управляющего общества включить требование предпринимателя в реестр требований кредиторов должника (общества) исходя из того, что договор займа как реальный договор считается заключенным с момента передачи денежных средств, а поскольку фактическое перечисление средств предпринимателем произошло в период проведения в отношении общества процедур банкротства без согласия арбитражного управляющего, платежи не повлекли для должника правовых последствий, связанных с возникновением гражданско-правовых обязательств¹.

В ГК РФ помимо понятия «момент заключения договора» используются другие термины - «начало действия договора», «вступление договора в силу» (например, п. 1 ст. 425, ст. 957 ГК РФ и др.). Бесспорно, что начало действия договора (действие его во времени) определяется моментом, с которого договор начинает действовать. Это имеет определяющее значение для возникновения гражданских прав и обязанностей сторон. Другими словами, начало действия договора связано со вступлением договора в силу.

Вступление договора в силу определяется моментом заключения договора (п. 1 ст. 425 ГК РФ). В свою очередь момент заключения договора определяется гражданским законодательством по-разному: в одних случаях необходимо достижение соглашения по всем существенным условиям, в других - помимо достижения такого соглашения требуется еще и передача имущества. Кроме того, в отдельных случаях заключение договора закон связывает с его государственной регистрацией, а также иными условиями.

В зависимости от определения момента заключения договора законодательство РФ различает: консенсуальные, реальные договоры и договоры, требующие государственной регистрации. Подавляющее большинство договоров в предпринимательской деятельности является консенсуальными; они считаются заключенными, если стороны достигли

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.01.2004 по делу N А03-12207/02-Б // СПС «КонсультантПлюс».

соглашения по всем существенным условиям (купля-продажа, поставка, банковский кредит, подрядные договоры).

Реальные договоры встречаются в бизнесе значительно реже; они считаются заключенными с момента передачи имущества или денег (заем, хранение). В реальных договорах недопустима формулировка «договор вступает в силу с момента его подписания уполномоченными представителями сторон», поскольку такой договор начинает действовать лишь с фактического получения заемщиком денег от заимодавца или с момента помещения вещи (товара) на склад хранителя.

Договоры, требующие государственной регистрации, связаны либо с недвижимым имуществом (продажа жилого помещения, аренда недвижимости на срок более одного года, ипотека), либо с объектами исключительных прав (лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака). Они считаются заключенными с момента государственной регистрации в учреждении юстиции (применительно к недвижимости) или патентном ведомстве (касательно объектов исключительных прав).

Далеко не все договоры, предметом которых выступает недвижимость, требуют регистрационного оформления. Так, при продаже нежилых помещений (служебных офисов, производственных строений и сооружений, земельных участков) государственной регистрации подлежит не сам договор, а переход права собственности на соответствующую недвижимость. Не подлежат государственной регистрации аренда недвижимости на срок менее года, аренда транспортных средств, в силу ст. 130 ГК РФ отнесенных к категории недвижимого имущества (воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания).

Для консенсуальных договоров установлено также специальное правило о том, что договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Оферта (предложение заключить договор) должна содержать все существенные условия договора. При этом

намерение контрагента вести переговоры не выражает его воли вступить в договор, поэтому не может быть приравнено к оферте¹. Оферта может быть «твердой», т.е. с указанием срока для ее акцепта. Примером твердой оферты являются счета на оплату с указанием слов «счет действителен для оплаты до такой-то даты». Если срок в оферте не определен, то ее можно акцептовать в течение нормально необходимого времени (ст. 441 ГК РФ).

Акцепт должен быть полным и безоговорочным; молчание юридического значения не имеет. Если лицо, получившее оферту, совершает действия по выполнению ее условий (отгружает товар, выполняет работы, выплачивает деньги), хотя бы и не в полном объеме, это признается акцептом, если иное не указано в самой оферте или законе (ст. 438 ГК РФ). Если стороны подписывают договор в виде единого документа, то моменты направления оферты и акцепта совпадают.

Оферту и акцепт не следует квалифицировать как самостоятельные односторонние сделки², так как цель оферента не может быть достигнута без общего волевого акта, т.е. договора³. Обоснование этой позиции в свое время было предложено О.А. Красавчиковым, отмечавшим, что договор является не суммой двух односторонних сделок, а тем конечным результатом, в котором воля сторон находит свое общее выражение⁴.

При отсутствии письменного договора между сторонами наличие договорных отношений должно подтверждаться документами, свидетельствующими, что произошел акцепт оферты. Такими документами чаще всего признаются акты приема-передачи имущества, товарные накладные. В ряде случаев правила об акцепте оферты применяются, если имело место фактическое пользование какими-либо услугами

¹ Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Издательство АН СССР, 1954. С. 204, 205.

² Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. С. 157.

³ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Госюриздат, 1972. С. 86.

⁴ Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958. С. 120.

(электроэнергией, арендным помещением и т.п.)¹. Не считаются доказательствами возникновения договорных отношений счета-фактуры, бухгалтерские книги, интернет-заявки².

Как отмечалось, согласно частям 1 и 2 статьи 425 Гражданского кодекса РФ³, договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения; при этом стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа соответствующих отношений. Названное положение о распространении условий договора на период до его заключения есть не что иное как обратная сила гражданско-правового договора. Не смотря на кажущуюся простоту данной правовой нормы, на практике она вызывает многочисленные вопросы, связанные, например, с распространением ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора на время, предшествующее его заключению, или проблемы определения срока действия договора и многие иные.

В связи с этим необходим анализ не только теоретических научных подходов к пониманию института обратной силы договора, но и выявление тенденций арбитражной практики в этой области.

Так, существует вопрос распространения ответственности за «прошрое» нарушение условий договора.

В юридической науке высказываются различные мнения по данной проблеме. В частности, М.В. Кратенко отмечает, что возможность придать договору обратную силу существует в пределах разумного, поэтому контрагент не может быть привлечен к договорной ответственности за те

¹ Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 25 января 2005 г. N Ф04-9598/2004(7964-A81-28); ФАС Западно-Сибирского округа от 10 апреля 2006 г. N Ф04-1153/2006(21349-A27-38); ФАС Северо-Западного округа от 7 апреля 2006 г. N А21-2359/2005-С2 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановления ФАС Московского округа от 28 марта 2005 г. N КГ-А40/1826-05; ФАС Западно-Сибирского округа от 8 ноября 2005 г. N Ф04-7905/2005(16589-A67-4); ФАС Дальневосточного округа от 7 марта 2006 г. N Ф03-А24/06-1/64 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

«нарушения» договора, которые совершил в прошлом¹. А Р.Д. Зоркольец, напротив, считает, что «в договоре может быть предусмотрено такое условие: «Условия настоящего Договора применяются к отношениям сторон с начала рабочего дня, в котором заключен Договор». В этом случае все события, произошедшие в этот день, будут регулироваться договором и, следовательно, к примеру, за неисполнение какого-либо обязательства может наступить ответственность»².

В судебно-арбитражной практике в целом сложилось отрицание возможности привлечения к ответственности в рамках обратной силы договора.

Так, Высший Арбитражный Суд в свое время на примере спора об аренде имущества указал, что достижение сторонами соглашения о применении к их отношениям, сложившимся до заключения договора, условий об обязанности арендатора по внесению арендной платы и возмещению арендодателю расходов по уборке прилегающей к арендуемому зданию территории свидетельствует только о согласии арендатора оплатить фактическое использование им здания и расходы, понесенные арендодателем в этот период на условиях, предусмотренных договором аренды, и не означает, что непосредственная обязанность по их исполнению возникла у ответчика ранее заключения самого договора.

В связи с этим нет оснований признавать, что ответчиком нарушены договорные обязательства в период, когда между сторонами имели место лишь фактические отношения, и удовлетворять иск о взыскании договорной неустойки за период, предшествовавший заключению договора³.

Еще одним интересным вопросом является вопрос о сроке договора, в случае, если стороны распространили его (то есть договора) действие на

¹ Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 10.

² Зоркольец Р.Д. Юридические секреты рекламной деятельности. Как грамотно управлять рекламным агентством, вести с ним переговоры и заключать контракты: Практическое пособие // СПС КонсультантПлюс. 2013.

³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 N 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» // Вестник ВАС РФ. 2002. N 3.

ранее возникшие отношения. В литературе этот вопрос ставится следующим образом: означает ли придание договору обратной силы необходимость «сложения» срока действия договора на будущее с тем прошедшим временным периодом, на который было распространено действие договора?¹

Арбитражная практика дает отрицательный ответ. Как указано в пункте 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ, согласно пункту 2 статьи 425 ГК стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора аренды применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора. Таким образом, из содержания пункта 2 статьи 425 ГК РФ следует, что наличие в договоре названного условия не влияет на определение момента, с которого договор считается заключенным, а равно не изменяет срока его действия. Момент заключения договора, содержащего подобное условие, и срок его действия определяются в соответствии с общими положениями Гражданского кодекса. Следовательно, период времени, предшествовавший заключению договора, не должен включаться в срок такого договора².

Еще одна ситуация, с которой сталкиваются арбитражные суды – это споры о ретроспективном распространении договора, если в предшествующий период отношений между сторонами не существовало.

Совершенно аргументированно об этом говорит С. Сарбаш: «Стороны не могут своим соглашением установить такое регулирование, что при отсутствии в прошлом вообще каких-то отношений они будут рассматриваться как имевшие место и, кроме того, регулирующие условия договора. Поскольку п. 2 ст. 425 ГК РФ говорит об «отношениях возникших», положения договора можно распространить на прежний период только при условии, что этот период содержал соответствующие отношения, если же между сторонами не сложилось вообще никаких отношений,

¹ Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Р.С. Бевзенко, Б.М. Гонгало, Л.А. Новоселова и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2009. Вып. 10. 215 с.

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 N 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Вестник ВАС РФ. 2001. N 4.

оснований для применения данной нормы не имеется»¹. Арбитражная практика также идет по этому пути. Так, в частности, Открытое акционерное общество «Московский вертолетный завод им. М.Л. Миля» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Авиакомпания «АЭРИНН-АВИА» о взыскании задолженности по договору хранения и технического обслуживания вертолета МИ-26Т, бортовой номер RA-06146, от 30.07.2000, а также процентов за пользование чужими денежными средствами. При рассмотрении спора ВАС указал, что в соответствии с пунктом 2 статьи 425 Гражданского кодекса Российской Федерации стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к отношениям, возникшим до заключения договора.

По смыслу указанной нормы распространение условий договора на предшествующий его заключению период возможно в том случае, когда между сторонами фактически существовали соответствующие отношения.

Суды установили, что завод фактически услуг по техническому обслуживанию вертолета в указанный период не оказывал, поэтому обратная сила договора невозможна².

Еще одна проблема в сфере ретроактивности договора – это форма установления соглашения о такой ретроактивности. Буквальное толкование части 2 статьи 425 ГК не позволяет сделать однозначный вывод по этому вопросу. Законодатель использует словосочетание «стороны вправе установить», из чего неясно должно ли такое соглашение быть заключено в письменной форме, или в той же форме, что и сам договор, или форма может быть любая.

Судебная практика тут также разнится. Так, например, при рассмотрении спора Общества с ограниченной ответственностью «Завод минеральных вод «Октябрь-А», ст. Суворовская Предгорного района и

¹ Сарбаш С. Проблемы ретроактивного действия договора в арбитражной практике // Хозяйство и право. 2006. N 1.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 23.08.2005 N 1928/05 по делу N A40-36270/04-25-140 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 1.

индивидуального предпринимателя Ваняна Г.А., г. Пятигорск суд не распространил действие договора на предшествующие отношения, отметив, что самим договором не установлено условий о том, что заключенный договор применяется к отношениям, возникшим до заключения договора в соответствии с требованиями части 2 статьи 425 ГК РФ¹.

Однако, как пишет С. Сарбаш, более распространен иной подход, когда текст договора не содержит буквального положения о том, что договор распространяется на прежние отношения сторон, однако сроки исполнения обязательства установлены таким образом, что они начинают исчисляться с момента, предшествующего заключению договора². Например, договор аренды заключен 25.07.2014, но в нем срок аренды устанавливается с 10.01.2014 по 09.01.2017 (Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2015 N 19АП-4550/2015 по делу N А35-713/2015³).

Естественно, приведенными примерами проблемы применения части 2 статьи 425 ГК РФ не исчерпываются. За рамками анализа остались, в частности, вопросы ограничения права сторон договора на установление его ретроактивности. В настоящее время такими общими ограничениями являются случаи, когда иное установлено в законе или вытекает из существа соответствующих отношений. Но общие приведенные общие фразы не содержат конкретики и порождают правоприменительные проблемы. В свое время в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации⁴ ставился вопрос о целесообразности определения в статье 425 ГК критериев, ограничивающих свободу усмотрения сторон в части распространения договора на ранее возникшие отношения. Но это

¹ Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.09.2015 N 16АП-2947/2014 по делу N А63-1713/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

² Сарбаш С. Проблемы ретроактивного действия договора в арбитражной практике // Хозяйство и право. 2006. N 1.

³ Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2015 N 19АП-4550/2015 по делу N А35-713/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. N 11.

предложение было реализовано не полностью, поэтому четких критериев в настоящее время не существует.

2.2. Незаклученные предпринимательские договоры как особая правовая категория

Незаклученные договоры, привлекающие в последнее время пристальное внимание цивилистов, исследуются в отечественной цивилистике, как правило, в рамках более общей проблематики недействительных сделок¹. Традиционно основной целью такого исследования является решение вопроса о том, тождественна ли несостоявшаяся сделка недействительной либо речь идет о вполне самостоятельных правовых явлениях.

Так, В.П. Шахматов пришел к выводу, что деление на «незаклученные» и «недействительные» сделки не имеет практического значения².

Напротив, Н.В. Рабинович, отталкиваясь еще от положений ГК РСФСР 1922 г., высказала мнение, что недействительные и несостоявшиеся сделки различаются по их последствиям, имея при этом в виду, что при несостоявшейся сделке ими служат обязательства из неосновательного обогащения, а при недействительной - те специальные правовые последствия, которые установлены законом применительно к признанию сделок недействительными по тому или иному основанию, указанному в ГК РФ³.

Вторая из приведенных точек зрения постепенно получила в гражданско-правовой доктрине всеобщее признание и является в настоящее время господствующей. При этом дальнейшее исследование данной проблемы продолжается уже в направлении выявления конкретных различий в правовых последствиях недействительных и несостоявшихся сделок⁴.

¹ Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. 272 с.

² Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967. С. 90 - 92.

³ Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 21.

⁴ Новоселова Л. Заключен ли договор? // Хозяйство и право. 1994. N 9. С. 101 - 103; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 2000. С. 309 - 313; Садиков О.Н.

Вместе с тем необходимо отметить, что раздаются голоса, не признающие по тем или иным основаниям феномен несостоявшейся сделки (незаключенного договора)¹.

Вместе с тем в юридической литературе без должного внимания остается вопрос о делении несостоявшихся сделок на виды, хотя верно построенная научная классификация во многом способствует выявлению действительной природы изучаемого феномена. Такое положение дел в рассматриваемой области стало возможным прежде всего по причине изначально неправильного определения места проблемы несостоявшихся сделок в системе цивилистической науки, что обусловило подход к исследованию данной проблемы исключительно с позиции жесткого отграничения несостоявшихся сделок от недействительных или, напротив, их полного отождествления.

В самом деле понятием «несостоявшиеся сделки» должны обниматься такие совершаемые в виде сделок действия, которые а priori не способны породить юридические последствия по причинам, не связанным с основаниями признания сделок недействительными. В противном случае для несостоявшихся сделок просто не останется самостоятельного места в цивилистике. В то же время это всегда фактически совершенные действия, ставшие доступными для восприятия и правовой оценки (например, подписание сторонами договора-документа, не содержащего, однако, какого-либо существенного условия). Образно выражаясь, несостоявшаяся сделка - это безусловный промах ее участников, состоящий в принципиальной невозможности достижения желаемого ими правового результата. Поэтому

Недействительные и несостоявшиеся сделки // Юридический мир. 2000. N 6. С. 7 - 11; Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. 2-е изд., испр. М., 2004. С. 59; Павлова И.Ю. Незаключенность или недействительность договора как последствия несоблюдения требований к форме и государственной регистрации договора // Государство и право. 2005. N 10. С. 54; и др. Называются также различия в процессуальных последствиях недействительных и несостоявшихся сделок (Кияшко А.В. Признание договора незаключенным (сделки несостоявшейся): процессуальные вопросы // Право и экономика. 2003. N 5. С. 16 - 20).

¹ Будман Ш.И., Павлодский Е.А. Невозможность исполнения обязательств в современном договорном праве // Проблемы современного гражданского права / Под ред. В.Н. Литовкина, В.А. Рахмиловича. М., 2000. С. 228 - 230; Семенов М.И. Что такое незаключенная сделка? // ЭЖ-Юрист. 2001. N 9. С. 3; Тузов Д.О. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2006. С. 13.

несостоявшаяся сделка как бы сопутствует той сделке, которая совершалась субъектами, но оказалась юридически не совершенной. Важно учитывать, что речь идет именно о юридическом совершении сделки, поскольку с фактической стороны несостоявшаяся сделка зачастую может быть связана с предоставлением в счет нее полного исполнения. Строго говоря, здесь вообще нет юридически значимого действия, а есть лишь фактическое действие в виде попытки совершения юридически значимого действия и отрицательный (негативный) результат в виде безуспешности такой попытки.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что проблема несостоявшихся двух- и многосторонних сделок (незаключенных договоров) с точки зрения системы гражданско-правовой науки должна изучаться именно в рамках проблематики возникновения договорного обязательства. Исключение в этом смысле составляют лишь бессубъектные сделки, характеризующиеся отсутствием у них одного, нескольких или даже всех участников (например, договор между двумя обособленными подразделениями одного и того же юридического лица) и подлежащие в связи с этим анализу в рамках общего учения о сделках.

Несостоявшиеся же сделки, имеющие всех субъектов, - это такие волеизъявления, которые, исходя из положений действующего законодательства, недостаточно определены для того, чтобы повлечь какие-либо правовые последствия. В частности, недостаточная определенность договора может иметь место в двух основных случаях: 1) когда он не содержит всех существенных условий, упомянутых в абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ (неполнота содержания); 2) когда он не совершен до конца, т.е. до момента времени, прямо определенного законом (до момента получения лицом, направившем оферту, ее акцепта; до момента передачи имущества; до момента государственной регистрации - ст. 433 ГК РФ). В первом случае целесообразно вести речь о бессодержательном договоре <1>, а во втором - о незавершенном договоре. К числу же незавершенных договоров относятся следующие три группы несостоявшихся сделок: 1) консенсуальные

договоры, не заключенные в связи с неполучением offerentом акцепта offerты; 2) реальные договоры, не заключенные ввиду отсутствия передачи соответствующего имущества. Так, например, п. 1 ст. 812 ГК РФ заемщику предоставлено право оспаривать договор займа по его безденежности, доказывая, что деньги или другие вещи в действительности не получены им от займодавца или получены в меньшем количестве, чем указано в договоре. В силу п. 3 той же статьи, если в процессе оспаривания заемщиком договора займа по его безденежности будет установлено, что деньги или другие вещи в действительности не были получены от займодавца, договор займа считается незаключенным. Когда деньги или вещи в действительности получены заемщиком от займодавца в меньшем количестве, чем указано в договоре, договор считается заключенным на это количество денег или вещей. Таким образом, процесс оспаривания заемщиком договора займа по его безденежности представляет собой не что иное, как процедуру признания этого договора несостоявшейся сделкой (полностью или в соответствующей части); 3) договоры, подлежащие государственной регистрации, не заключенные в связи с отсутствием такой регистрации (незарегистрированные договоры). Однако в случае, когда в законе содержится прямое указание на то, что неосуществление государственной регистрации договора влечет его недействительность или иные последствия, он не может считаться незаключенным.

Следовательно, договоры могут не состояться либо по причине отсутствия у них всех субъектов (бессубъектные договоры), либо по содержательной причине (бессодержательные договоры), либо по временной причине (незавершенные договоры). Необходимо, однако, учитывать, что незарегистрированные договоры могут одновременно являться как бессодержательными, так и незавершенными. Объясняется это тем принципиальным обстоятельством, что незарегистрированные договоры представляют собой фактически выраженные сторонами волевые акты, для завершения которых необходимы регистрационные действия третьего лица

(уполномоченного государственного органа). В то же время если незарегистрированный договор одновременно является бессодержательным, признание его несостоявшимся должно обуславливаться именно тем, что он бессодержателен, поскольку государственная регистрация такого договора сама по себе не делает его заключенным. В этой связи незарегистрированный бессодержательный договор, качественно отличаясь от незарегистрированного договора, имеющего все существенные условия, должен признаваться в конечном счете разновидностью бессодержательных сделок.

Проблематику возникновения договора составляют вопросы только тех незаключенных договоров, которые в случае предположения об их совершении до конца оказались бы действительными. Незаключенные же договоры, имеющие пороки недействительности, с точки зрения системы гражданско-правовой науки должны изучаться в разделе о недействительных сделках.

Сказанное также означает, что незаключенные договоры в зависимости от того, обладают ли они признаками недействительных договоров или нет, подразделяются на две группы: незаключенные договоры, не обладающие признаками недействительных сделок, и незаключенные договоры, обладающие такими признаками. Поэтому утверждение о том, что несостоявшийся договор (незаключенный договор) - это всегда «ничто»¹, в отношении несостоявшихся договоров, обладающих признаками недействительных сделок, несправедливо. Напротив, такие договоры, по существу являющиеся недействительными сделками, всегда «что-то», а именно правонарушения.

Отношение к незаключенным договорам, обладающим признаками недействительных сделок, с одной стороны, и ко всем иным незаключенным договорам, с другой стороны, должно быть различным. В частности, к незаключенным договорам, обладающим признаками недействительных

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 2000. С. 310.

сделок, специальные правила о недействительных сделках подлежат применению в полном объеме. При этом речь идет отнюдь не об аналогии закона, а о прямом применении норм о недействительных сделках к отношениям, на регулирование которых они специально рассчитаны. Вместе с тем незаключенный договор, обладающий признаками недействительной сделки, является все-таки незаключенным (несостоявшимся), что полностью исключает применение правил о возможности «исцеления» («реанимации» или «санации») такого договора (п. 2 ст. 165, п. 2 ст. 171, п. 2 ст. 172 ГК РФ). Впрочем, указанные правила вообще не относятся к нормам, связанным с применением последствий недействительности сделок, а регулируют, в известном смысле, противоположный процесс.

Следовательно, судьба незаключенного договора, обладающего признаками недействительной сделки, всецело предопределена как раз тем, что он такими признаками обладает. Поэтому широко бытующее в цивилистике мнение о том, что недействительным может быть только заключенный договор¹, следует признать ошибочным. Кроме того, указанное мнение прямо противоречит некоторым положениям действующего гражданского законодательства (сравните, например, п. п. 2 и 3 ст. 560 ГК РФ), предусматривающим недействительность договоров, совершенных с нарушением формы, которые, однако, еще не прошли государственной регистрации, т.е. по смыслу п. 3 ст. 433 ГК РФ являются незаключенными (несостоявшимися).

Важно вместе с тем сделать специальную оговорку в отношении оспоримой сделки. Как известно, последняя является относительно недействительной², т.е. становится недействительной лишь в силу признания ее таковой отдельным судебным решением, вынесенным по иску строго названного в законе лица (п. 1 и абз. 1 п. 2 ст. 166 ГК РФ). В то же время

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 2000; Матвеев И. Юридическое значение формы сделки и ответственность за ее нарушение // Хозяйство и право. 2001. N 12. С. 95; Павлова И.Ю. Незаключенность или недействительность договора как последствия несоблюдения требований к форме и государственной регистрации договора // Государство и право. 2005. N 10. С. 51; и др.

² Гражданское право / Под ред. проф. Е.А. Суханова. Т. I. С. 358.

вполне очевидно, что несостоявшаяся она является независимо от наличия упомянутого судебного решения. Это, в частности, означает, что правила о признании такой сделки недействительной и применении последствий ее недействительности (в том числе и о годичном сроке исковой давности) могут применяться только при наличии требования о признании ее недействительной и вынесенного судом решения об удовлетворении такого требования. Иными словами, вопрос о превращении незаключенного договора, обладающего признаками оспоримой сделки, в недействительный полностью зависит от воли управомоченного лица.

Таким образом, незаключенные договоры могут обладать как признаками ничтожной сделки, так и признаками оспоримой сделки. В свою очередь, незаключенный договор, обладающий признаками оспоримой сделки, может иметь две разновидности: 1) договор, требование о признании которого недействительным управомоченным лицом предъявлено; 2) договор, требование о признании которого недействительным управомоченным лицом не предъявлено.

Незаключенный договор, не обладающий признаками недействительной сделки, равно как и незаключенный договор, хотя и обладающий признаками относительно недействительной (оспоримой) сделки, но о признании которого недействительным управомоченным лицом требование не предъявлено, представляют правовой интерес только тогда, когда они окажутся исполненными сторонами (полностью либо в части). В данном случае исполнение незаключенного договора (но не сам незаключенный договор) выступает тем юридическим фактом, который влечет возникновение виндикационного обязательства (в случае, когда исполнение выражалось в передаче сохранившихся в натуре вещей) либо обязательства из неосновательного обогащения (во всех остальных случаях исполнения незаключенного договора). С практической точки зрения это означает, что к не обладающему признаками недействительной сделки незаключенному договору, а также к незаключенному договору, хотя и

обладающему признаками относительно недействительной (оспоримой) сделки, но о признании которого недействительным управомоченным лицом требование не предъявлено, не могут применяться нормы, предусмотренные в § 2 гл. 9 ГК РФ для недействительных сделок. Отсюда вытекают два положения.

1. В отличие от требования о возврате исполненного по недействительной сделке, в отношении которого ГК РФ допускает субсидиарное применение норм, составляющих институт неосновательного обогащения (п. 1 ст. 1103 ГК РФ), к требованию о возврате исполненного по незаключенному договору, не обладающему признаками недействительной сделки, а также по незаключенному договору, хотя и обладающему признаками относительно недействительной (оспоримой) сделки, но в отношении которого отсутствует вынесенное по иску управомоченного лица решение суда о признании договора недействительным, данные нормы должны применяться напрямую, без какого-либо опосредующего звена. При этом важно учитывать следующее.

В соответствии с п. 1 ст. 1104 ГК РФ имущество, составляющее неосновательное обогащение приобретателя, должно быть возвращено потерпевшему в натуре. Данная норма направлена на то, чтобы подчеркнуть, что восстановление имущественной сферы потерпевшего в первую очередь должно осуществляться в натуральном выражении, и лишь при невозможности возвратить в натуре неосновательно полученное или сбереженное имущество - в денежном выражении (в виде возмещения действительной стоимости такого имущества). Однако предметом требования потерпевшего (кредитора по обязательству из неосновательного обогащения) могут быть только вещи, определяемые родовыми признаками, имущественные права, а также не индивидуализированные каким-либо образом деньги, ценные бумаги на предъявителя или бездокументарные ценные бумаги, т.е. объекты гражданских прав, виндикация которых в принципе исключена. Что же касается сохранившегося в натуре

индивидуально-определенного имущества, то оно должно истребоваться от незаконного владельца - стороны незаключенного договора посредством виндикационного иска. В последнем случае применение норм о неосновательном обогащении в соответствии с п. 2 ст. 1103 ГК РФ будет производиться уже субсидиарно. Когда же переданное во исполнение незаключенного договора и сохранившееся в натуре имущество находится не у другой стороны незаключенного договора, которой оно было передано, а у третьего лица, виндикационный иск должен предъявляться к этому третьему лицу. Однако при этом вовсе не исключается возможность заявить иск о возврате неосновательного обогащения к стороне незаключенного договора, которая произвела возмездное отчуждение полученного по такому договору имущества, поскольку стоимость полученного ею по возмездному договору встречного предоставления будет не чем иным, как неосновательным обогащением.

Следовательно, если исполненное по незаключенному договору представляет собой сохранившееся в натуре индивидуально-определенное имущество, которое было передано получившей его стороной незаключенного договора третьему лицу, то исполнившая незаключенный договор сторона - законный владелец данного имущества имеет возможность выбора способа защиты принадлежащего ему права. Такой выбор осуществляется между виндикационным требованием, которое может быть предъявлено к третьему лицу - фактическому владельцу имущества, и кондикционным требованием, основанным на общих положениях о неосновательном обогащении, которое предъявляется к другой стороне незаключенного договора (приобретателю в кондикционном обязательстве), осуществившей возмездное отчуждение соответствующего имущества.

2. ВАС РФ рекомендовал судам не применять изложенные в нем правила к требованиям о возврате исполненного по недействительной сделке, поскольку при применении последствий недействительности ничтожной сделки следует руководствоваться положениями п. 2 ст. 167 ГК РФ, которые

не связывают обязанность стороны подобной сделки вернуть другой стороне все полученное с наличием условий, предусмотренных пп. 4 ст. 1109 ГК РФ. По мнению ВАС РФ, в силу ст. 1103 ГК РФ в этом случае подлежат применению специальные правила, регулирующие последствия недействительности сделок¹. Применительно же к незаключенному договору, не обладающему признаками недействительной сделки, а также к незаключенному договору, хотя и обладающему признаками оспоримой сделки, но в отношении которого отсутствует решение суда о признании его недействительным, пп. 4 ст. 1109 ГК РФ должен действовать в полной мере. В этой связи сторона, которая заведомо знала о том, что договор не заключен и, несмотря на это, исполнила его, не вправе требовать исполненное обратно. Такое правило придает имущественному обороту необходимую определенность, защищая его от недобросовестных участников.

¹ Информационное письмо ВАС РФ от 11 января 2000 г. N 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении» // Вестник ВАС РФ. 2000. N 3. С. 21 - 22.

Заключение

В заключение исследования теоретических и практических правовых аспектов заключения предпринимательских договоров можно прийти к выводам и сформулировать следующие предложения и рекомендации.

1. Договорный процесс следует понимать как совокупность последовательных действий сторон будущего договора в целях достижения соответствия воли одной стороны воле другой стороны. Говорить о совпадении воли или выделять одну, общую волю этих сторон не корректно, так как в большинстве договоров воли не тождественные, а встречные. Поэтому необходимо употреблять словосочетание «соответствии воли одной стороны воле другой стороны», а в договоре находит выражение «согласованная», но не «совпадающая воля сторон».

2. Учитывая отсутствие единства мнений о стадиях договорного процесса, предлагается выделять следующие стадии заключения договора: 1) преддоговорные контакты сторон (переговоры); 2) оферта; 3) рассмотрение оферты; 4) акцепт оферты; 5) разрешение спора о заключении договора в судебном порядке. При этом такая стадия как акцепт в отношении договоров, подлежащих заключению в обязательном порядке, является необязательной. Факультативный характер имеет и первая стадия, используемая по усмотрению сторон, вступающих в договорные отношения. Стадия рассмотрения оферты имеет правовое значение, как правило, для договоров, заключение которых является обязательной для одной из сторон.

3. Заключение договора в предпринимательской деятельности происходит по общим правилам, предусмотренным для любого договора любой сферы деятельности, тем не менее в данной области существуют некоторые особенности, которые обусловлены предпринимательским характером самого договора, правовым положением сторон и некоторыми другими причинами. Одной из таких особенностей выступает повсеместно распространенная практика преддоговорных контактов сторон договора.

Анализ норм, регулирующих преддоговорные переговоры, позволил констатировать, что до 8.03.2015 года (то есть до введения в Гражданский кодекс статьи 434.1) они носили фрагментарный характер. В настоящее время правовая регламентация переговоров о заключении договора поднята на новый более упорядоченный уровень. В целом нормы указанной статьи (не смотря на некоторые неточности), соответствуют международным подходам к преддоговорному процессу. Образцом для них послужили соответствующие положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи и Принципов УНИДРУА.

4. По правовому содержанию особые способы заключения предпринимательского договора можно классифицировать на случаи возникновения договорного обязательства из одного юридического факта (имеется в виду договор-сделка) и на случаи возникновения договорного обязательства из сложного юридического состава, в котором договор-сделка тем не менее играет роль главного элемента. К первой группе в указанной классификации относятся такие особые случаи, как заключение публичного договора, заключение договора путем присоединения, заключение договора на торгах, заключение договора, предусмотренного предварительным договором. Вторую группу составляют случаи возникновения договорного обязательства на основании судебного решения, а также из договора, требующего нотариального удостоверения и (или) государственной регистрации.

5. Оценивая нормы действующего законодательства, посвященные проведению торгов, можно сделать вывод, что приоритет отдается аукционным торгам, на которых соблюдается принцип определения победителя по цене. В частности, системный анализ норм Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» позволяет сделать вывод, что основным критерием для определения лучших условий исполнения государственного контракта является именно цена контракта.

Другие же критерии имеют сопутствующее значение, причем даже при проведении конкурсов.

6. С моментом заключения договора напрямую связана проблема ретроактивности договора, то есть придания договору обратной силы. Вопрос о сроке действия договора с таким условием следует решать таким образом, что наличие в договоре названного условия не влияет на определение момента, с которого договор считается заключенным, а равно не изменяет срока его действия. Момент заключения договора, содержащего подобное условие, и срок его действия определяются в соответствии с общими положениями Гражданского кодекса. Следовательно, период времени, предшествовавший заключению договора, не должен включаться в срок такого договора.

7. Договоры могут не состояться либо по причине отсутствия у них всех субъектов (бессубъектные договоры), либо по содержательной причине (бессодержательные договоры), либо по временной причине (незавершенные договоры). Исходя из этого, незаключенные договоры в зависимости от того, обладают ли они признаками недействительных договоров или нет, следует подразделять на две группы: незаключенные договоры, не обладающие признаками недействительных сделок, и незаключенные договоры, обладающие такими признаками. К незаключенным договорам, обладающим признаками недействительных сделок, специальные правила о недействительных сделках подлежат применению в полном объеме.

Незаключенный договор, не обладающий признаками недействительной сделки, равно как и незаключенный договор, хотя и обладающий признаками оспоримой сделки, но о признании которого недействительным управомоченным лицом требование не предъявлено, представляют правовой интерес только тогда, когда они окажутся исполненными сторонами (полностью либо в части). С практической точки зрения это означает, что к таким договорам не могут применяться нормы, предусмотренные в § 2 гл. 9 ГК РФ для недействительных сделок. В этой

связи сторона, которая заведомо знала о том, что договор не заключен и, несмотря на это, исполнила его, не вправе требовать исполненное обратно.

Список использованной литературы

1. Нормативные правовые акты

1.1. Международные правовые акты

1. Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Заключена в г. Вене 11.04.1980) // Вестник ВАС РФ. 1994. N 1.

2. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год) // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 431 – 463.

1.2. Нормативные правовые акты федерального уровня

3. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Российская газета от 25 декабря 1993 г.

4. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 N 136-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. N 44. Ст. 4147.

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

6. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

7. Приказ Минсельхоза России от 24.02.2009 N 75 «Об утверждении Методических указаний по подготовке, организации и проведению аукционов по продаже права на заключение договоров аренды лесных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, либо права на заключение договора купли-продажи лесных

насаждений в соответствии со статьями 78 - 80 Лесного кодекса Российской Федерации» // Российская газета от 22.05.2009.

8. Федеральный закон от 02.10.2007 N 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // Собрание законодательства РФ. 2007. N 41. Ст. 4849.

9. Федеральный закон от 05.04.2013 N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Собрание законодательства РФ. 2013. N 14. Ст. 1652.

10. Федеральный закон от 08.03.2015 N 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. N 10. Ст. 1412.

11. Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // Собрание законодательства РФ. 2002. N 4. Ст. 251.

12. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. N 11.

2. Материалы правоприменительной практики

2.1. Акты Высшего Арбитражного Суда РФ

13. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства» // Вестник ВАС РФ. 2006. N 4.

14. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 N 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» // Вестник ВАС РФ. 2002. N 3.

15. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 N 59 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Вестник ВАС РФ. 2001. N 4.

16. Информационное письмо ВАС РФ от 11 января 2000 г. N 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении» // Вестник ВАС РФ. 2000. N 3.

17. Постановление Пленума ВАС РФ от 2 декабря 1993 г. N 32 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о приватизации государственных и муниципальных предприятий» // Вестник ВАС РФ. 1994. N 2.

18. Постановление Президиума ВАС РФ от 23.08.2005 N 1928/05 по делу N А40-36270/04-25-140 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 1.

2.2. Акты иных судебных инстанций

19. Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2015 N 19АП-4550/2015 по делу N А35-713/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

20. Постановление ФАС Дальневосточного округа от 7 марта 2006 г. N Ф03-А24/06-1/64 // СПС «КонсультантПлюс».

21. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10 апреля 2006 г. N Ф04-1153/2006(21349-А27-38) // СПС «КонсультантПлюс».

22. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.01.2014 по делу N А46-33265/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

23. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25 января 2005 г. N Ф04-9598/2004(7964-А81-28) // СПС «КонсультантПлюс».

24. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 7 февраля 2007 г. N Ф04-58/2007(30975-А75-11) // СПС «КонсультантПлюс».

25. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 8 ноября 2005 г. N Ф04-7905/2005(16589-А67-4) // СПС «КонсультантПлюс».
26. Постановление ФАС Московского округа от 15 декабря 1999 г. N КГ-А40/4076-99 // СПС «КонсультантПлюс».
27. Постановление ФАС Московского округа от 28 марта 2005 г. N КГ-А40/1826-05 // СПС «КонсультантПлюс».
28. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 7 апреля 2006 г. N А21-2359/2005-С2 // СПС «КонсультантПлюс».
29. Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.11.2004 по делу N А82-5138/2003-4 // СПС «КонсультантПлюс».
30. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 01.11.2010 по делу N А73-1921/2010 // СПС «КонсультантПлюс».
31. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.01.2004 по делу N А03-12207/02-Б // СПС «КонсультантПлюс».
32. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 21.02.2005 по делу N А41-К2-23370/03 // СПС «КонсультантПлюс».
33. Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.09.2015 N 16АП-2947/2014 по делу N А63-1713/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

3. Научная и учебная литература

34. Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961.
35. Амерханов Г.С. Заключение договора по советскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1940.
36. Беляева О.А. Правовая природа задатка, вносимого за участие в торгах // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2006. N 12.

37. Беляева О.А. Публичные торги в рамках исполнительного производства (комментарий к информационному письму Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 101) // Цивилист. 2006. N 2.
38. Брагинский М.И. Конкурс. М.: Статут, 2005.
39. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 2000.
40. Будман Ш.И., Павлодский Е.А. Невозможность исполнения обязательств в современном договорном праве // Проблемы современного гражданского права / Под ред. В.Н. Литовкина, В.А. Рахмиловича. М., 2000.
41. Вердников В.Г., Скарго В.И. Заключение хозяйственного договора // Сов. государство и право. 1974. N 1.
42. Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Госюриздат, 1972.
43. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003.
44. Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. М.: Спарк, 1999.
45. Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27 - 29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2016. 223 с.
46. Гражданское право. Т. 1 / Под ред. Е.А Суханова. М., 2008.
47. Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд. Т. 1. М.: Проспект, 1999.
48. Гражданское право: Учебник / Под ред. О.Н. Садикова. Т. 1. М.: Юридическая фирма «Контракт»; ИНФРА-М, 2006.
49. Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом 1 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Бек, 1999.
50. Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М.: Волтерс Клувер, 2010. 272 с.

51. Груздев В.В. Количество стадий договорного процесса по российскому гражданскому праву // Хозяйство и право. 2004. N 3.
52. Денисов С.А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора // Актуальные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998.
53. Дзегорайтис А.Б. Конкурс в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1969.
54. Договоры в предпринимательской деятельности / О.А. Беляева, В.В. Витрянский, К.Д. Гасников и др.; отв. ред. Е.А. Павлодский, Т.Л. Левшина. М.: Статут, 2008. 509 с.
55. Жилинский С.Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). М., 1998.
56. Зоркольцев Р.Д. Юридические секреты рекламной деятельности. Как грамотно управлять рекламным агентством, вести с ним переговоры и заключать контракты: Практическое пособие // СПС КонсультантПлюс. 2013.
57. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть II) // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. В 2 ч. Л.: ЛГУ, 1975.
58. Иоффе О.С. Советское гражданское право (Курс лекций). Л., 1958.
59. Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1965.
60. Каткова Е.А. О некоторых вопросах заключения договора поставки // Вопросы советского государства и права. Т. 39. Серия юрид. Вып. 7. Ч. 2. Иркутск: Иркутский госуниверситет, 1965.
61. Кияшко А.В. Признание договора незаключенным (сделки несостоявшейся): процессуальные вопросы // Право и экономика. 2003. N 5.
62. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). С использованием судебно-арбитражной практики / Отв. ред. О.Н. Садилов. 3-е изд., испр., доп. и перераб. М.: Юридическая фирма «Контракт»; ИНФРА-М, 2005.

63. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958.
64. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М.: Волтерс Клувер, 2010.
65. Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. СПб., 1896.
66. Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005.
67. Матвеев И. Юридическое значение формы сделки и ответственность за ее нарушение // Хозяйство и право. 2001. N 12.
68. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954.
69. Новоселова Л. Заключен ли договор? // Хозяйство и право. 1994. N 9.
70. Павлова И.Ю. Незаключенность или недействительность договора как последствия несоблюдения требований к форме и государственной регистрации договора // Государство и право. 2005. N 10.
71. Перетерский И.С. Сделки, договоры. М., 1929.
72. Петров И.С. Приватизационные торги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.
73. Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
74. Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Р.С. Бевзенко, Б.М. Гонгалов, Л.А. Новоселова и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2009. Вып. 10. 215 с.

75. Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960.
76. Рахмилович В.А. Обязательства, возникающие вследствие объявления конкурса // Советская юстиция. 1965. N 14.
77. Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права. М., 2009.
78. Садиков О.Н. Недействительные и несостоявшиеся сделки // Юридический мир. 2000. N 6.
79. Сарбаш С. Проблемы ретроактивного действия договора в арбитражной практике // Хозяйство и право. 2006. N 1.
80. Семенов М.И. Что такое незаключенная сделка? // ЭЖ-Юрист. 2001. N 9.
81. Советское гражданское право: Учебник. Л., 1981.
82. Советское гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. О.А. Красавчикова. М., 1985.
83. Советское гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1986.
84. Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. СПб., 1996.
85. Солдатенков В.В. Правовое регулирование купли-продажи права аренды земельных участков по конкурсу в городе Москве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.
86. Сухадольский Г.А. Тендеры. Вопросы и ответы. М.: Вершина, 2004.
87. Тузов Д.О. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2006.
88. Турсунова Ю.С. Торги как способ заключения договора: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004.

89. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Издательство АН СССР, 1954.
90. Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. 2-е изд., испр. М., 2004.
91. Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. М.: Бек, 1996.
92. Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967.
93. Щербинин С.В. О правовой природе задатка при заключении договоров на торгах // Юрист. 2005. N 3.
94. Яковлев В.Ф. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений. Свердловск, 1972.